

A ANTIGA E SEMPRE ATUAL QUESTÃO DA SUBMISSÃO DO PODER PÚBLICO À JURISDIÇÃO

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO*

Professor de Processo Civil da Universidade Federal do Ceará e Juiz Federal da 8ª Vara da Ceará

1. As Tensões entre Indivíduos e Grupos Sociais e os Modos Históricos de as enfrentar e resolver

Embora os juristas em geral não tenham muito gosto ou aplicação para empreender pesquisas ou reflexões sobre as origens históricas dos institutos do Direito, cada dia vai se tornando mais nítido que as suas raízes e as suas gêneses se projetam fortemente na formação e desenvolvimento desses mesmos institutos, não fugindo à regra a compreensão das coisas do Direito Processual e, obviamente, da jurisdição.

Pode ser dito que as práticas processuais de hoje, e até mesmo uma grande parte dos procedimentos, além da acepção, conceito ou noção do próprio *poder jurisdicional*, são como que reflexos ou projeções de pensamentos, idéias e estruturas do passado, quase sempre remoto e desconhecido.

Tal qual se dá com as instituições econômicas, também as jurídicas são *heranças* e as idéias que governam e inspiram os juristas de hoje são sutilmente *destilações* do pensamento de juristas mortos; exatamente por isso é sempre de inegável importância conhecer, saber e compreender as coisas do passado, *muitas vezes bárbaro*, menos pela curiosidade de se apreender como eram as coisas sociais nos tempos antigos e muito mais pela necessidade de *entender* toda a extensão da experiência do Direito, para que possa ser assimilado por completo.

No que respeita ao conceito de *jurisdição* é preciso associá-lo ao de *conflito*, eis que sem este elemento (conflito) aquel' outro perde a

sua consistência, pois é para prevenir e remediar a eclosão de dissensos sociais que se organiza e se estrutura dinamicamente o poder, a atividade e a função de julgar *de acordo com padrões preestabelecidos*; a problemática da inclusão da jurisdição como um poder estatal traz, ao mesmo tempo, duas ordens de questões: o Estado não transige com concorrentes a sua autoridade, lá que o monopólio da macroorganização social lhe pertence, e, na outra extremidade do raciocínio, *se põe a técnica de manter o próprio poder estatal submetido aos limites de uma função que está na sua própria conformação*.

O olhar sobre as sociedades arcaicas demonstra ser um *lugar comum* dizer-se que a história das sociedades humanas revela, por meio de inesgotáveis exemplos, as incessantes tensões instaladas para sempre nas relações que os grupos sociais e os indivíduos iravam entre si e também nas que travam com as estruturas governantes, *manifestando-se em inumeráveis conflitos, alguns de grandes dimensões e outros instalados no cosmos mais restrito (ou pessoal) da vida humana social*.

A constatação da existência dessas tensões se dá em todas as latitudes, espaços e épocas históricas, o que faz pensar que a *conflituosidade seria como que uma característica inevitável da espécie humana e onde quer que se encontrem dois indivíduos entre eles fatalmente ocorrerão disputas*.

No nível dos grupos humanos, tanto nos mais extensos, como nos de menores proporções, também se verifica que as relações tendem ao conflito e somente por meio de constante e hábil esforço se consegue que permaneçam em situação equilibrada, uns respeitando os espaços dos outros, até como técnica de obtenção de respeito ao seu próprio ambiente.

Na verdade, a própria história da humanidade é uma longa história de guerras, a história das sociedades também é uma história de conflitos e a história dos indivíduos é uma história de disputas, induzindo

a idéia de que *a paz é uma exceção ou um mito tão distante ou imaginário que só é alcançado pela criação mais otimista das pessoas pacatas.*

1.1 Formação histórica dos mecanismos compositivos de conflitos

Mas é igualmente certo e observável que em todos os aglomerados sociais estáveis se encontram práticas que, de algum modo, servem ao objetivo de *enfrentar* os conflitos que se geram nas suas relações interindividuais e intergrupais, naturalmente de acordo com os respectivos níveis de desenvolvimento e da cultura de cada sociedade, uns mais e outros menos sofisticados.

Por conseguinte, se pode afirmar que cada sociedade histórica teve os seus meios particulares de enfrentar os seus conflitos internos, *não havendo uniformidade quanto a essas práticas, embora se possa dizer; em termos de grande generalização, que os mais remotos mecanismos sociais de contenção desses conflitos se baseavam sobretudo no emprego da força individual e grupal, inexistindo, em contrapartida, a noção de justiça e, muito menos ainda, a de proporcionalidade.*

Nos primórdios das civilizações os conflitos eram enfrentados (*mas nem sempre resolvidos*) pelos próprios contendores, empregando eles os seus meios particulares, os seus recursos e as suas forças, sempre fazendo-se prevalecer as condições objetivas dos mais fortes, dos mais hábeis ou dos mais organizados, *o que permitia a acumulação de severos antagonismos latentes, já que a subjugação de uns significava a hegemonia de outros, mas sem o lançamento de bases de convivência para a paz harmoniosa e permanente.*

Chamou-se de *autotutela* a esse modo primitivo (e bárbaro) de enfrentar os conflitos sociais, *mas é evidente que produzia mais inquietações do que soluções duradouras e mais insegurança do que tranquilidade social, já que se tratava de imposição de solução por parte*

do contendor mais poderoso, com sacrifício ou aniquilamento do mais fraco.

De todo modo, a autotutela foi à forma mais antiga de eliminar os conflitos manifestos, mas é fora de dúvida que esse mecanismo não descia às suas causas essenciais, nem mesmo às causas mais próximas dos fatos dos conflitos, servindo, ao contrário, de fomento a dissensos novos no futuro.

De outro lado, o grande ideal de se compor os conflitos por meio da *conciliação espontânea entre as partes* também não se mostrou praticável nas dimensões desejadas, inclusive por causa da *natureza de certas disputas*, como as que envolvem matéria criminal ou outros *interesses indisponíveis*, tornando imperativa a atuação de uma *instância decisória neutra*, o que viria a ser alcançado somente com a absorção da função de mediação e resolução de conflitos pela estrutura do poder governante.

São diversificadas as causas desses conflitos, mas se pode identificar a sua primeira matriz na *desigual possibilidade de acesso dos indivíduos e grupos sociais aos chamados bens da vida, tanto os bens materiais necessários ao suprimento das demandas chamadas primárias (alimentação, habitação e vestuário), como aos bens culturais*.

Essa desigualdade deriva, *em grande parte, da distribuição desuniforme dos recursos naturais nos espaços físicos onde se implantam as sociedades e grupos humanos (regiões frígidas, regiões temperadas, regiões desérticas), associada às diferentes condições de acesso aos estoques de recursos naturais (solos agricultáveis, mananciais de águas doces, coberturas vegetais e fauna propícias à exploração econômica, jazidas minerais, etc), mas ela é enormemente exacerbada pela própria dinâmica da coletividade, na sua progressiva, constante e reprodutiva acumulação dessa mesma desigualdade*.

Deixada que seja qualquer sociedade humana entregue às suas próprias forças naturais, é indubitado que no âmago das suas classes e indivíduos fatalmente se produzirão resultados progressivamente acumulativos de bens materiais o conseqüentemente de poder.

Esse fenômeno é observado sobretudo nas sociedades e grupos humanos onde as desigualdades são mais nítidas, quais as *sociedades subdesenvolvidas*, constatando-se nelas a atuação da férrea *lei da causação circular*, determinante do fomento sucessivo de causas de novas acumulações; essa constatação empírica enseja a afirmação de que *em todos os espaços sociais e em todas as épocas históricas as tensões internas sempre estiveram inevitavelmente presentes com toda a sua força dramática, incontrolável e desagregadora*.

Também se pode dizer que não poucas vezes essas situações *ultrapassam a mera oposição de um indivíduo isolado em adversidade a outro indivíduo, ou um grupo determinado contra outro grupo, constatando-se que os conflitos se caracterizam pela nota de serem contra a máquina formidável do poder do grupo dominante, gerando contestações à sua autoridade*.

Na verdade, as estruturas dominantes sempre foram e continuam sendo na vida social uma das mais inquietantes realidades, produzindo pela sua só presença um desequilíbrio nas relações da vida humana, *sempre por causa do seu inegável poder, do seu indispensável monopólio do uso da força, da concentração da sua autoridade, dos seus reclusos materiais e dos vários privilégios que cercam a sua atuação, qualquer que seja o tipo de atividade em que se envolva*.

No nível dos dissensos interindividuais e intergrupais assiste-se, por conseguinte, à formação e ao desenvolvimento de estruturas estatais dotadas de poder para impor aos desavindos a solução *oficial*, anula que seja igualmente desagradável a ambos os contendores:

chamou-se a esse modo de solução de conflitos de *exercício da jurisdição estatal*.

1.2. Da antiga autotutela à atividade da jurisdição

A superação da fase da autotutela era algo que se impunha como inevitável na evolução das sociedades humanas, tendo em vista a demonstração objetiva de que *semeava a guerra de todos contra todos*, numa interminável sucessão de conflitos que dava causa a outros conflitos.

Aliás, teria sido essa situação do chamado *estado de natureza*, em que os homens viviam conflagrados uns com os outros, disputando ao mesmo tempo a posse dos mesmos bens, uma das razões para a organização de um poder superior a todos, depois identificado com o *poder estatal*, na conhecida e sempre referida alusão de Thomas Hobbes à sua famosa *bellum omnium contra omnes* (guerra de todos contra todos):

Portanto, se dois homens desejam a mesma coisa, ao mesmo tempo em que é impossível ela ser usufruída por ambos, eles tornam-se inimigos. (...) Por outro lado, os homens não tiram prazer algum uns dos outros (e sim, pelo contrário, um enorme desprazer), quando não existe um poder capaz de manter a todos em respeito (...). Com isto se torna manifesto que, durante o tempo em que os homens vivem sem um poder comum capaz de os manter a todos em respeito, eles se encontram naquela condição a que se chama guerra; e é uma guerra de todos os homens contra todos os homens. (Leviatã, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva, Abril, 1974, cap. XII, p. 79)

Destarte, a organização do Estado como poder social superior a todos os outros, quer sejam individuais, quer sejam grupais, teria sido *imperativa e incontornável*, passando essa estrutura (estatal) a dispor de amplos meios materiais e mecanismos (*dentre eles o poder da jurisdição*) aptos a manter, mesmo pelo emprego da força, quando necessário, os homens em *condições pacíficas*, de modo a permitir a expansão das várias aptidões das pessoas.

Contudo, o controle do próprio *poder estatal* é tarefa que surge na seqüência da vida histórica e social e, sob certo aspecto, se encaixa na noção de que *o aparato do Estado não paira de forma neutra sobre os indivíduos, os grupos sociais e os seus conflitos, sendo antes uma forma ou instrumento de preservação da divisão da sociedade (em classes antagônicas) e de manutenção da macroestrutura dominante.*

Essa idéia de que o Estado não é mais do que um instrumento da classe dominante foi desenvolvida por inteiro pelos cientistas políticos de inspiração marxista, *mais preocupados em detectar as contradições da sociedade de classes do que em identificar nas chamadas superestruturas a função harmonizadora da vida social*, como se vê na conhecida passagem de Friedrich Engels, em que ele associa o conceito de Estado a uma *técnica superior de repressão utilizada pela classe dominante para a exploração dos estratos (ou classes) inferiores e dominados* (As Origens da Família, da Propriedade Privada e do Estado, tradução de Leandro Konder, 1981, P. 93).

Na perspectiva dessa *escola*, o Direito serve aos propósitos do Estado e da respectiva classe dominante, não se vislumbrando no ordenamento jurídico mais do que as funções de *conservação e dominação*, ou seja, esta posta em destaque o seu *papel* essencialmente político.

Em contraposição a essa idéia, existe a concepção que se convencionou chamar de *idealista*, apregoadora da convicção de que a vida social é organizada *pelo Direito* e que os elementos fundamentantes das relações sociais entre os indivíduos e os grupos são redutíveis ao que se denomina *vínculo jurídico*, conforme expressa Giorgio Del Vecchio, um dos corifeus dessa proposição (*Teoria del Estado*, Bosch, Barcelona, 1965, cap. II).

Vistas as coisas desse modo (reducionista) a idéia de *Direito* e a sua conseqüente noção de *Lei* (formal e escrita) assumem a conotação de

algo absolutamente lógico, fruto do raciocínio ou da razão, de certa forma rígido, inextensível a situações que não estejam expressamente contempladas nos seus dispositivos.

Essa concepção promove o desterro imediato da *ética do humano e das suas complexidades axiológicas* do plano do Direito e da ulterior atividade ou programação jurídica, substituindo-a pela *ética (simples) da norma positiva* ou da superior organização da sociedade, em que esse valor (organizativo) se converte em *objetivo, limite e finalidade* das ações dos juristas.

No campo do Direito Processual isso significa o progressivo abandono das *garantias dos indivíduos em favor do atendimento de conveniências estatais*, quase sempre com o sacrifício da liberdade ou do patrimônio das pessoas; tal se dá, por exemplo, quando se aceita, ainda que de forma inconsciente, que o *desnível* entre os indivíduos ou entre estes e a estrutura estatal se manifeste em acolhidas apriorísticas das postulações de uns, em detrimento das postulações dos outros.

A aceitação dessa *lógica* ou desse *formalismo ético* pode levar o Juiz, por exemplo, a ter como *deferível de plano* um pedido formulado pelo agente estatal *somente pela circunstância (aliás essencialmente irrelevante) de se tratar de pleito de parte pública*; na verdade, a relação processual que se trava deve ser sempre uma *relação de igualdade*, subordinada às garantias das pessoas, sem comprometimento prévio com o interesse de qualquer delas.

Sem embargo disso ou precisamente por causa disso, a *interpretação do Direito ou a sua exegese se faz também uma tarefa de conservação das coisas*, inclusive e sobretudo das instituições que se formaram ou foram formadas ao longo do tempo, como as chamadas *cláusulas de garantia*, pois como adverte o Professor Nelson Saldanha, *em sentido concreto, uma ordem só existe em função de uma hermenêutica*

que se refira a ela e aos seus significados para a vida (Ordem e Hermenêutica. Renovar. 1992. p. 3).

Na verdade, os conceitos de ordem e hermenêutica vêm de tal modo co-implicados que até mesmo se confundem, pelo menos nos momentos críticos, o que é índice da necessidade de rever certas posturas, segundo anota o mesmo mestre Nelson Saldanha:

Em todos os sistemas institucionais encontramos uma ordem e uma hermenêutica - esta entendida, obviamente, em acepção ampla. Neste caso podemos falar do tema da ordem como um indicador, senão mesmo como uma espécie de contraste para se repensar a história das estruturas sociais em geral, das políticas em especial, e também das jurídicas. E para, além disso, repensar a história - inclusive a mais recente - das idéias sobre organização, bem como sobre as relações entre linguagem, ordem e poder: nas idéias sobre poder, um mundo de problemas ligados aos ressentimentos e desconfianças que a crise gera e releva, ou a uns tantos e tantos ídolos que certos autores carregam e cultivam com maior ou menor clareza. (Op. cit., p. 3)

Essa reflexão traz a necessidade de meditar na *amplitude* das garantias constitucionais do processo, dentre as quais avultam a da *igualdade das partes e a do contraditório, exigente do total desembaraço das partes durante todo o trâmite processual, desde o seu início, e aluando em todas as suas fases.*

2. A Necessária Absorção Estatal da Atividade da Jurisdição

É visível a olho-nu que deixar-se a realização das soluções dos conflitos nas mãos dos seus próprios sujeitos (contendores) *além de socialmente arriscado é de todo e abertamente inconveniente, tanto porque não se encontram por essa via os equacionamentos adequados, como porque se expandem as condições para novos e outros conflitos, geralmente com potencialidade ofensiva aumentada.*

Por conseguinte, a absorção estatal da função de conciliar ou mediar esses inevitáveis conflitos teria de ser mesmo a natural evolução das instituições, *máxime quando se entende que a própria estrutura do*

Estado se encaminha para não permitir a atuação de parceiros no exercício do seu poder; a tendência natural das estruturas de poder é a de expandir constantemente a sua dominação, eliminando os adversos e os concorrentes e neutralizando os opositores; essa é a regra e a lição da história humana.

Por conseguinte, esse fenômeno da implantação da função jurisdicional no âmago do aparato estatal também se explica, do ponto de vista histórico, como consequência das próprias forças amantes na formação do *Estado Moderno, surgido, segundo o mestre Nelson Saldanha, como convergência de dois processos, um de centralização - concentração e outro de legitimação-absolutização (listado de Direito, Liberdades e Garantias. Sugestões Literárias, 1980, p. 59)*, conduzidos com superior competência pelas classes sociais interessadas na implantação de uma estrutura monopolística de poder, no caso, a classe dos proprietários dos bens materiais.

Vistas as coisas deste modo, o monopólio estatal da jurisdição, vencendo a aludida fase autotutelar, afirma, por um lado, a unificação definitiva do poder do Estado Moderno, que passa a *ministrar com exclusividade aos indivíduos as soluções mais desejáveis do ponto-de-vista da pacificação social, que assim se torna um macroafazer do Poder Público*, isto é, a solução dos conflitos passa a ser estratégica para o grupo governante, impondo-se até mesmo contra a vontade de ambos os conflitantes originários; a essa característica da jurisdição chamou-se de *força substitutiva* das vontades das partes.

A jurisdição estatal se converte (*e nisso estaria a sua fonte de legitimação*) no meio viabilizador da pacificação social e esta no seu escopo primordial, como o relata a douta Professora Ada Pellegrini Grinover, em livro fundamental, que escreveu juntamente com Antônio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco:

A pacificação é o escopo magno da jurisdição e por consequência, de todo o sistema processual (uma vez que todo ele pode ser definido como a disciplina jurídica da jurisdição e seu exercício). É um escopo social, uma vez que se relaciona com o resultado do exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida gregária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um. (...) E para a consecução dos objetivos da jurisdição e particularmente daquele relacionado com a pacificação com justiça, que o Estado institui o sistema processual, ditando normas a respeito (Direito Processual), criando órgãos jurisdicionais, fazendo despesas com isso e exercendo através deles o seu poder. (*Teoria Geral do Processo*, Malheiros, 1999, pp. 24/25)

Por outro lado, o monopólio estatal da jurisdição legitima completamente o emprego da força para impor os seus veredictos a todos os contendores, tanto de forma ampla em quaisquer controvérsias, como topicamente em cada processo, *substituindo plenamente as pseudo-soluções ou as soluções incompletas e parciais que os indivíduos poderiam encontrar por meio dos seus antigos esforços desesperados*.

Mas a absorção da função jurisdicional não bastou para resolver os desafios dos conflitos, pois a incontável e constante expansão demográfica das sociedades trouxe naturalmente consigo o crescimento também desmedido das disputas sociais, tanto as interpessoais, como os intergrupais, agudizando-os e extremando-os até o nível do intolerável ou evidentemente perigoso, *o que foi progressivamente tornando o exercício da função estatal jurisdicional cada vez mais complexa e morosa, numa sociedade cada vez mais exigente, mais sofisticada e naturalmente mais vasta*.

3. As Constituições Escritas e as Limitações do Poder Estatal

No percurso da história humana foi também constante a luta pela *limitação* da influência e do poder do próprio Estado, com suas marchas e recuos, seus momentos de afirmação e de declínio, *sempre visando à elaboração de instrumentos formais, externos e superiores à vontade dos governantes, com eficácia capaz de manter a sua atuação*

dentro de seguros padrões de previsibilidade, cabendo a aplicação de meios corretivos em caso de sua transgressão.

Terão sido os movimentos constitucionalizantes certamente as tentativas mais completas e conseqüentes para a formação de tais mecanismos de previsão e controle do poder estatal e, nessa perspectiva, a criação das formulações jurídicas do Direito Constitucional a mais alta expressão dessa aludida *finalidade limitativa*.

Como resume o admirável mestre Paulo Bonavides, da UFC, a *idéia fundamental* do Direito Constitucional, na sua vertente liberal, era (e continua sendo) a da contenção do poder político em suas mais diversificadas formas:

A origem da expressão Direito Constitucional, consagrada há cerca de um século, prende-se ao triunfo político e doutrinário de alguns princípios ideológicos na organização do Estado Moderno. Impuseram-se tais princípios desde a Revolução Francesa, entrando a inspirar as formas políticas do chamado Estado Liberal, Estado de Direito ou Estado Constitucional. Consubstancia-se numa idéia fundamental: a limitação da autoridade governativa. Tal limitação se lograria tecnicamente mediante a separação de poderes (as funções legislativas, executivas e judiciárias atribuídas a órgãos distintos) e a declaração de direitos. (*Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 2001, p. 22)

E prossegue o acatado mestre constitucionalista dizendo que *o poder, segundo o liberalismo liberal, deveria mover-se, por conseguinte, em órbita específica, a ser traçada pela Constituição. Com o emprego do instrumento constitucional, aquela concepção restritiva da competência dos órgãos estatais se fez dominante. Ingressou, assim, o termo Constituição na linguagem jurídica para exprimir uma técnica de organização do poder aparentemente neutra. No entanto, encobria ela, em profundidades invisíveis, desde o início, a idéia-força de sua legitimidade, que eram os valores ideológicos, políticos, doutrinários ou filosóficos do pensamento liberal (op. cit., p. 23).*

Nessa ordem, *a história do Direito Público em geral e do Direito Constitucional em particular é, na sua mais larga medida, a história da luta dos indivíduos contra as opressões estatais, sendo a era das Constituições escritas o ponto culminante das conquistas individuais, sobretudo no nível político, mas também no nível jurídico, por mais fortes que sejam as críticas ou reservas que se façam às soluções fornecidas pelo constitucionalismo, sobretudo nas suas nascentes liberais e burguesas, onde se destaca a noção sempre presente de alguns princípios aplicáveis à ação do poder estatal, sob a inspiração (e também sob a ambição) de o controlar.*

Uma síntese desse ideário do constitucionalismo liberal (*Fundamentante do Estado Legalitário*) encontra-se no notável Professor Nelson Saldanha, da UFPE, que assim o expressa com precisão:

No plano institucional, o liberalismo significou a construção de um Estado em que o poder se fazia função do consenso e em que a divisão de poderes se tornava princípio obrigatório: o Direito prevalecia em seu sentido formal e a ética social repudiava as intervenções governamentais. (...) Como fenômeno histórico, o constitucionalismo ocidental contemporâneo se funda numas tantas condições, que são aspectos ou elementos da situação cultural a que correspondeu. Funda-se, genericamente, sobre as bases mesmas da vida política moderna: o racionalismo, o laicismo. o individualismo burguês, a vida urbana. Mais diretamente, funda-se sobre o Iluminismo e sobre o Liberalismo: o Iluminismo como corrente vinda da época de Leibniz e de Locke, postuladora de geometrismos e de direitos; o Liberalismo (tanto econômico como político), como movimento crente em leis naturais e em liberdades, postulador de leis escritas e de controles para o poder. (*Formação da Teoria Constitucional*. Renovar, 2000, p. 21)

E sobre a prevalência das normas escritas (e, por extensão, da Constituição escrita), assim se pronuncia o eminente juspublicista de Pernambuco, também aludindo ao depois chamado *movimento pela codificação*, esta mais locada nas regras do Direito Privado:

O direito escrito, superando o costumeirismo medieval, unifica os ordenamentos, torna as normas conhecidas,

consagra a demarcação estatal da ordem vigente e propicia um tipo novo de relações entre teoria e prática. A cautela burguesa, que é apontada na contabilidade e nos orçamentos, aparece também na seqüenciação dos Códigos, na igualitarização formal dos ordenamentos e nas Constituições, que declaram direitos e demarcam poderes. (*Op. cit.*, p, 22)

O *direito escrito* veio a ser posteriormente visto e revisto como sendo o próprio objeto da Ciência do Direito, dando ensejo ao fenômeno do *Legalismo e suas escolas*, mas isso seria um tema para ser analisado sob outros enfoques.

As opressões (*que os princípios jurídicos e as Constituições escritas, as normas e as leis pretenderam reprimir e controlar*) podem variar de intensidade e objeto, ao longo das sucessivas épocas históricas e espaços sociais, mas sempre representarão a constância de incidências estatais restritivas da vida, da liberdade, da propriedade, dos direitos ou dos interesses das pessoas, muitas vezes sem limites e sem maiores contenções, e noutras vezes de forma susceptível de algum controle, *orientado por algum princípio que lhes seja anterior e superior*.

A *fidelidade aos princípios* que informam as leis escritas (e o conjunto delas, os ordenamentos jurídicos) é a *razão* da inteireza dos sistemas e o que dá sentido de unidade ao Direito, como já observou Montesquieu (*O Espírito das Leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leônico Martins Rodrigues, Ed. Universidade de Brasília, 1982, p. 45), cuja idéia foi retomada e fecundamente ampliada por Hans Kelsen, na sua conhecida formulação a respeito da visão consolidada de que o Estado se confunde completamente com o seu Direito:

O Estado como comunidade jurídica não é algo separado de sua ordem jurídica, não mais do que a corporação é distinta de sua ordem constitutiva. (...) Como não temos nenhum motivo para supor que existam duas ordens normativas diferentes, a ordem do Estado e a sua ordem jurídica, devemos admitir que a comunidade a que chamamos de Estado é a sua ordem jurídica. (*Teoria Geral do Direito e do*

Estado, tradução de Luís Carlos Borges, Martins Fontes, 1992, p. 184)

Por certo nenhuma sociedade contemporânea desejaria retornar aos *tempos bárbaros* em que os conflitos eram resolvidos pelos próprios interessados e com emprego dos seus próprios meios (*fase da autotutela*), o que fazia surgir mais tensões do que soluções, mais dissensos do que pacificação e mais revoltas do que aceitação dos resultados.

Imaginando-se a conflagração que pode gerar o uso intensivo dos *meios particulares* para a solução dos conflitos sociais, fica evidente a necessidade de assunção, por uma *instância neutra*, dessa responsabilidade, sendo possivelmente esta a primeira razão para a absorção dessa tarefa pelo Poder Público (poder estatal), *embora outras possam ser igualmente apontadas*.

Mas a organização dos *meios civilizados* para a resolução de conflitos pressupõe que a estrutura e a atuação dos seus agentes se orientem por *regras e princípios*, sob a pena de, assim não se fazendo, apenas se reimplantar um simples mecanismo de força.

Assim, é possível afirmar que o esclarecimento e a compreensão do emaranhado das normas e regras que formam um sistema de direito ou um ordenamento jurídico somente serão apreendidos com a absorção dos seus *princípios*, que são os seus elementos permanentes e de estabilização.

4. A Questão do Interesse Público diante da Efetividade da Jurisdição

Um dos mais árduos problemas dessas chamadas tutelas de urgência, talvez mesmo o mais tormentoso deles, pertence ao domínio da efetivação desses provimentos judiciais de eficácia imediata, quando o Poder Público, *que nunca se despe por inteiro de suas tradicionais*

prerrogativas (acumuladas desde os primeiros tempos da implantação da estrutura estatal), figura como parte processual obrigada.

É comum ver-se na relação processual mantida com o Poder Público e, principalmente no momento da efetivação dos provimentos adversos nela expedidos, a inoportuna invocação de *defesa do interesse público* como tática ou argumento para afastar o direito já reconhecido da parte litigante ou fazer preponderar a tese de que a esse direito individual se opõe aquele superior interesse.

Embora seja *indispensável* a preservação de tais interesses públicos, é preciso deixar fixado que a sua defesa (desses mesmos interesses) *também deve se submeter à jurisdição e que a possibilidade de sua superação quando em confronto com interesses individuais não é mais que a afirmação da efetividade geral da jurisdição, a submeter (também) aqueles outros interesses.*

Certo, contudo, que não é tarefa das mais simples a de se identificar o conteúdo dessa expressão (*interesse público*), mas se pode admitir, seguindo as lições do Professor Renato Alessi, que há pelos menos dois níveis dessa conceituação:

(a) os chamados interesses públicos primários, que são os voltados para o atendimento das demandas sociais gerais, e

(b) os interesses públicos secundários, que são os afetos à gestão administrativa dos recursos materiais a cargo dos diversos agentes pessoais da Administração Pública. (*Instituciones del Derecho Administrativo*, tradução de Buenaventura Pelissé Prats, tomo I, Bosch, 1970, p. 184)

A indecisão quanto à natureza desses interesses pode levar a que *algumas regras de teor meramente secundário*, como as que pertinem à disciplina ou a gestão de meros procedimentos administrativos internos, sejam elevadas, na prática ou ocasionalmente, ao nível de *normas tutelares de interesses primários (normas constitucionais)*, aguçando mais ainda aquela pefalada tensão, com prejuízo manifesto

para a efetividade dos direitos subjetivos dos indivíduos e desgaste da função jurisdicional.

A submissão do Estado à jurisdição, sob qualquer das suas formas (cognitiva, executória e cautelar), é uma consequência da sempre desejável e sempre perseguida eficácia dos direitos individuais, com especial destaque para a forma jurisdicional da efetivação e da execução forçada, vista como uma técnica imperativa, derivada daquela mesma garantia (eficácia dos direitos subjetivos) e, portanto, *um direito fundamental*.

Deve ser registrado que não há, na Constituição do Brasil, nenhuma norma expressa prevendo de forma *direta* os privilégios da Fazenda Pública, calcados na sempre invocada prevalência do interesse público sobre o dos particulares, embora adviria o douto Professor Celso Antônio Bandeira de Mello que *essa supremacia é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade (Curso de Direito Administrativo, Malheiros, 1993, p. 44)*.

A verdade, porém, é que esses privilégios resistem às tentativas de expansão da plena eficácia da jurisdição sobre as estruturas do Poder Público, dentre os quais merece se destacar, pela sua maior pertinência com a efetividade da jurisdição, *o de que as condenações contra ele somente se concretizam mediante o uso do procedimento do precatório* (art. 100 da Carta Magna).

Aqueles que inaceitam a tutela antecipada contra o Poder Público sustentam as suas posições inclusive com o argumento de que, visando esta (a tutela antecipada) propiciar ao postulante a fruição *imediata* de um bem da vida, envolve esse provimento o mais nítido *caráter executivo (satisfativo)* e, se assim não fosse, restaria completamente inócua a sua implantação no Código de Processo (art 273).

Segundo esse argumento, *nenhuma execução* contra a Fazenda Pública (com exceção das apontadas na própria Carta Magna), se poderá fazer sem que a condenação, *confirmada por Tribunal, esteja transita em julgado e devidamente formado o título executivo judicial*.

O argumento tem relevo apenas do ponto de vista formal ou se for apanhado e considerado *fora do sistema* constitucional e das demais regras e princípios inerentes à estrutura do Estado Democrático de Direito, sujeito que deve ser, em todo o seu agir, à força da jurisdição.

Se for aceita a submissão do listado à jurisdição, como é certamente a idéia que permeia a consciência dos juristas, ter-se-á de admitir, pelo menos por coerência, que a presença estatal na relação processual *não há de permanecer incólume aos seus efeitos, sendo necessário refletir em que medida os seus privilégios e, muito particularmente o da prevalência do interesse público (estatal) sobre o particular, deva ser entendido*.

Essa prevalência, apesar de introjetada na cultura jurídica, *não tem assento na Constituição*, daí se poder dizer que *careceria de fundamento jurídico de validade positiva*: se for analisado ao nível dos *princípios da Carta Política*, por certo se verificará que a sua força não será superior à força dos princípios que tutelam as relações de interesse privado, tais os princípios fundamentais (arts. 1º a 4º), os direitos e garantias (arts. 5º a 17) e as normas principiológicas gerais do sistema (arts. 145, 150 e 170, dentre outros).

Sob outro ângulo analítico, *a previdência ou a supremacia do interesse público sobre o particular veicularia um conceito indeterminado*, em choque frontal e permanente com o *interesse particular*, gerando uma espécie de situação em que este (o interesse particular) *jamais seria atendido* ou, se fosse atendido na relação decisória concreta, *se estaria magoando um bem maior (interesse público), em prol de um bem menor (interesse particular)*.

Levado às últimas conseqüências, esse raciocínio terminaria por *excluir definitivamente* o Poder Público da submissão à jurisdição e tal postura faria *insuperável* a dificuldade de aplicar-se o *devido processo legal* em qualquer relação em que o Estado fosse parte, em face da *impossibilidade operativa de tratamento isonômico*, pedra-de-toque dessa garantia posta na Constituição (art. 5º, LIV e LV), *sem nenhuma ressalva*.

5. As Posturas Desprestigiantes da Força Normativa da Constituição

Advogar a insubmissão do Poder Público a qualquer decisão relevante para efetividade da jurisdição não seria, nesta altura do desenvolvimento da Ciência do Processo, *apenas o reconhecimento de um privilégio estatal, certamente explicável em face da sua hegemonia frente aos interesses dos indivíduos, porque representaria um autêntico retrocesso na percepção das relações do Estado com os seus súditos ou até mesmo a redução do Estado Legalitário, sobretudo no que essa estrutura significa de supremacia da Constituição e das Leis*.

Aliás, como bem assinalado pelo eminente Professor Nelson Saldanha, da UFPE, a característica básica do Estado de Direito será mesmo a sua submissão às Leis, dizendo o mestre que *temos o Estado de Direito como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a Constituição (Formação da Teoria Constitucional, Renovar, 2000, p. 20)*.

A importância das concepções constitucionais, em especial quando se trata de cartas escritas, não permite a banalização da amplitude ou da força das garantias que expressa em forma de submissão do Poder Público aos seus ditames, dando assim efetividade *ao fato de ser o Estado criação da Constituição e que, em nenhuma de suas relações ou momento de sua atuação, mais as relações como parte no processo judicial, se posiciona acima dela e das suas normas e princípios*.

A subordinação do Poder Público aos *ditados escritos* da Constituição representa a mais forte segurança e a melhor das certezas jurídicas, como diz o festejado Konrad Hesse, assinalando que *ao formular (a carta magna) o conteúdo da Constituição em um texto, que deve ser interpretado com os meios da interpretação de texto, limita a Constituição escrita as possibilidades de compreensão diferente e dá ela à atualização concretizadora pontos de referência firmes* (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, tradução de Luiz Afonso Heck, Fabris, 1998, p. 43).

Mas adverte o notável autor alemão que *esse sentido perde-se quando a Constituição escrita não mais é considerada como taxativamente vinculativa, acrescentando que se o Juiz, e com o mesmo direito, o político e qualquer outro (hoje, muitas vezes, em afastamento falsamente entendido, da concepção jurídica positivista) acreditam poder passar por cima do Direito Constitucional escrito, então podem as resoluções, que são obtidas deste modo, às vezes ser mais apropriadas do que aquelas de única interpretação mais fiel à sua letra* (op. cit., p. 44).

Em não poucas situações pode ocorrer o *afastamento* do ditado constitucional sob o pretexto exegético judicial de atender a determinados valores considerados topicamente prioritários, que em geral são identificáveis com interesses administrativos indubitavelmente relevantes, quais os da arrecadação tributária ou da persecução criminal, desse modo se *pretendendo justificar* a infração à norma magna escrita.

Num contexto como esse, surge abertamente o choque entre as *garantias que o Estado de Direito positiva em prol dos indivíduos e a hegemonia do interesse público sobre o interesse particular*, o que poderia encaminhar a solução para a prevalência daquele sobre este, ainda que reconhecido de forma expressa em dispositivo constitucional.

Nas palavras do Professor Konrad Hesse, *essa via interpretativa libera o caminho no qual a Constituição pode ser ludibriada*

pelo recurso a qualquer interesse discricional pretensamente superior, cuja hierarquia, em geral, será controvertida, de modo que, por essa mesma via, a idéia fundamental da Constituição escrita é então abandonada a favor da insegurança por uma luta permanente dos poderes e opiniões que, em sua argumentação, não mais podem referir-se a uma base comum (op. cit., p. 44).

Mas essa generosa idéia de sobreposição da função jurisdicional, *corolário da submissão do Poder Público a Constituição e às Leis, não se exaure no seu enunciado, envolvendo as noções de sistema, de ação, de processo e de ordenamento jurídico*, como também as suas necessárias integrações pela via da exegese e da aplicação concreta do Direito, de forma que seja um só, *apesar das díspares qualidades das partes*.

Nesse contexto, os *privilégios da Fazenda Pública* se situam mesmo como plantas algo exóticas, desarmonizando a igualdade das partes no ambiente processual e, mais que isso, muitas vezes empecendo ou obstaculizando o exercício da jurisdição ou reduzindo os efeitos da sua eficácia.

Na análise de um dos maiores doutrinadores jurídicos contemporâneos, o eminente Professor Norberto Bobbio, da Universidade de Milão, *as normas impositivas de Direito Público, quais as que têm em um dos seus pólos a figura do Estado, veiculam relações de subordinação*, ainda que se diga que se trata de *mecanismo* para assegurar os direitos individuais, normalmente regidos em clima de *coordenação*, quando regulados pelas normas de Direito Privado (*Direito e Estado no Pensamento de Immanuel Kant*, tradução de Alfredo Fait, Mandarim, 2000, p. 140).

Enquanto a subordinação do Poder Público à Constituição parece ser uma idéia já praticamente sem maiores opositores, a sua submissão à ordem jurídica inferior e, por extensão, à ordem jurídica

processual, *parece significar a perigosa redução ou mesmo a privatização das relações de Direito Público, ou o despojamento das macrocaracterísticas das relações estatais.*

Seria pertinente frisar que a *isonomia processual* é uma das pilastras do *devido processo legal*, ainda que no seu pólo passivo esteja a formidável figura do Poder Público, não sendo possível argumentar, diante da extensão dessa garantia constitucional, com a antiga proposição da hegemonia do interesse estatal diante do interesse particular ou privado.

Em análise de um caso concreto, o douto Ministro Sepúlveda Pertence, do colendo STF, teve a oportunidade de bem delimitar o alcance do lema dizendo o seguinte:

A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, têm sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. (ADIn I .753-DF, DJU 12.6.98, p. 51)

Destarte, a persistência de certos *privilégios processuais*, como o dos prazos mais dilatados (art. 188 do CPC) ou o do duplo grau obrigatório (art. 475 do CPC) *não abona* a tese da *supremacia genérica do interesse público*, porque encontram fundamento de *razoabilidade* na maior complexidade da promoção da defesa judicial dos entes estatais, daí não serem havidos como injustificáveis à luz da igualdade no processo.

Contudo, esses privilégios processuais do Poder Público *são apenas normas técnicas de procedimento para facilitação da defesa do*

interesse público, mas não são normas instituidoras de objetivo público a ser atingido inclusive por meio da submissão ou do sacrifício de outros objetivos (interesses privados).

Como argutamente explicou o eminente Professor Juarez de Freitas, *o princípio da universalização do interesse público e da correlata subordinação das ações estatais à dignidade da pessoa humana não significa o arbitrário e inaceitável jugo da vontade do particular e do cidadão, imolado para o gáudio de um volúvel e falso interesse coletivo (O Controle dos Atos Administrativos e os Princípios Fundamentais, Malheiros, 1997, p. 54).*

A aceitação dos *prazos processuais privilegiados e de outras prerrogativas* não implica, porém, aceitar, na prática, a *exclusão* do Poder Público da força dos provimentos judiciais, *o que implicaria certamente quebrar a sua submissão á jurisdição e infringir norma constitucional escrita, precisamente a que assegura o devido processo legal, de que a igualdade entre as partes é corolário.*

Não deve o Poder Judiciário tolerar o alastramento do fenômeno que o douto Professor Raul Machado Horta, da UFMG, chamou de *desestima constitucional*, ao observar que *é de verificação corriqueira a afirmação de que o sentimento constitucional, exprimindo a adesão popular à Constituição, não é generalizado, nem constante*; assinala o eminente jurista que o sentimento constitucional, *para assegurar a permanência da Constituição, não se resolve exclusivamente no mundo das normas jurídicas (...). mas decorre também da adesão à Constituição, que se espraia na alma coletiva da Nação, gerando formas difusas de obediência constitucional, assim se conjurando os colapsos paralisadores do acatamento ao texto fundamental (Direito Constitucional, Del Rey, 1999, p. 99).*